

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les flux transfrontières de données et la problématique du droit international privé

Hanotiau, Bernard

*Published in:*  
La télématique

*Publication date:*  
1985

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Hanotiau, B 1985, Les flux transfrontières de données et la problématique du droit international privé. Dans *La télématique: Tome 2 : aspects techniques, juridiques et socio-politiques*. p. 175-193.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Les flux transfrontières de données et la problématique du droit international privé\*

HANOTIAU Bernard

Avocat, Bruxelles

Chargé de cours aux Facultés Universitaires de Namur  
et à la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain

\* Document de discussion présenté lors de la journée du 6 décembre;  
texte mis à jour au 15 juin 1984.

## Sommaire

Introduction. Les problèmes soulevés par le flux transfrontières de données

- I. Position et complexité du problème au plan du droit international privé
- II. Les méthodes du droit international privé
  - A. La technique du rattachement
  - B. Les règles du droit public et administratif
  - C. Les lois de police
  - D. Les règles nationales de droit international privé matériel
- III. Les législations en présence et les problèmes que suscite le flux transfrontières
- IV. Le domaine d'application imprimé aux législations spécifiques
- V. L'application dans l'espace des législations spécifiques
- VI. Le droit applicable à l'action en responsabilité de la personne physique ou morale dont les données ont été traitées et transmises, contre le maître du fichier, le producteur de la banque de données, le transporteur ou l'utilisateur
- VII. Les relations juridiques entre le producteur et le serveur, entre le serveur et l'utilisateur ou entre le maître du fichier et l'utilisateur

Conclusions

Notes

## INTRODUCTION. LES PROBLEMES SOULEVES PAR LE FLUX TRANSFRONTIERES DE DONNEES

1 Le flux transfrontières de données, que l'on peut définir comme la transmission électronique de données entre pays, reçoit une attention croissante dans la littérature juridique. Un témoignage en est le nombre considérable de publications récentes sur le sujet (1), de même que l'intérêt qu'y portent depuis des années un certain nombre d'organisations internationales, en particulier l'OCDE (2) et le Conseil de l'Europe. (3)

2 Les problèmes soulevés par le flux transfrontières (4) trouvent leur origine dans le développement rapide et la fusion subséquente des technologies de l'informatique et des télécommunications. Cette fusion a donné naissance à une ère nouvelle, celle de l'information, que d'aucuns comparent en importance à la révolution industrielle.

L'influence fondamentale qu'est susceptible d'exercer le flux transfrontières sur l'économie, la culture et la souveraineté des Etats a d'ailleurs été mis récemment en exergue par plusieurs rapports nationaux et notamment le rapport Nora-Minc, *L'informatisation de la société*, transmis au gouvernement français en 1978, et le rapport Clyne du gouvernement canadien, établi en mars 1979.

3 Le premier problème qui a attiré l'attention des spécialistes sur l'importance du flux transfrontières était l'hypothèse selon laquelle, dans un pays ayant promulgué des lois relatives à la protection de la vie privée, celles-ci pourraient être tournées au cas où des données concernant des nationaux d'un pays déterminé seraient détenues dans des ordinateurs installés en dehors de ce pays et auxquels il serait possible d'accéder à distance par des lignes de télécommunications.

Depuis lors, la notion de flux transfrontières a été étendue aux données à caractère non personnel.

4 Les problèmes que soulève le flux transfrontières sont multiples et complexes. Si tous les Etats sont conscients de l'intérêt que présente pour eux le développement des



des échanges de données, ils ont néanmoins un certain nombre de préoccupations qui doivent être rencontrées. Celles-ci sont notamment liées à l'identité culturelle, à la sécurité et à la souveraineté nationale, à la protection de la vie privée et à celle du consommateur, à la protection de la propriété intellectuelle, des brevets, droits d'auteur, marques de fabrique et secrets commerciaux, aux restrictions de nature fiscale que pourraient imposer certains Etats à l'importation de données étrangères.

Les ramifications du flux transfrontières et les problèmes qu'il pose sont considérables. L'objet du présent article est restreint à l'examen d'un aspect limité de la matière, à savoir la définition de la problématique au plan du droit international privé.

## I. POSITION ET COMPLEXITE DU PROBLEME AU PLAN DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

5 Le développement de la technologie de l'information ouvre de nouveaux horizons et lance de nouveaux défis à la science traditionnelle du droit international privé.

Le problème n'a été que très peu analysé à ce jour. Hormis l'étude qu'a consacrée le professeur RIGAUX à "la loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel" (5), l'on ne trouve çà et là que quelques suggestions très générales sur la question, accompagnées de regrets que le problème n'ait pas encore fait l'objet d'une analyse plus approfondie.

6 Ainsi, le rapport explicatif accompagnant les lignes directrices de l'OCDE exhorte les Etats à progresser dans la voie du développement de principes - tant au niveau interne qu'international - destinés à régir le droit applicable aux flux transfrontières de données à caractère personnel. (6)

Pour le surplus, le rapport explicatif se borne à constater que :

*"As regards the question of choice of law, one way of approaching these problems is to identify one or more connecting factors which, at best, indicate one applicable law. That is particularly difficult in the case of international computer networks where, because of dispersed locations and rapid movement of data, and*

*geographically dispersed data processing activity, several connecting factors could occur in a complex manner involving elements of legal novelty. Moreover it is not evident what value should presently be attributed to rules which by mechanistic application establish the specific national law to be applied". (7)*

En ce qui concerne la protection des données à caractère personnel, la suggestion a d'autre part été avancée de donner la préférence au droit interne offrant la meilleure protection des données à caractère personnel, encore que cette solution puisse donner naissance à trop d'incertitudes. (8)

7 L'étude des flux transfrontières ne peut être limitée aux données à caractère personnel. Les flux d'informations à caractère commercial sont peut-être de nature à engendrer plus de litiges encore, en raison de la plus grande multiplicité des facteurs de rattachement qui peuvent caractériser les opérations commerciales ayant pour objet ces transferts d'informations.

Il peut être utile, pour saisir la complexité de la matière, de rappeler les propos tenus en novembre 1981 par Mr. William L. FISHMAN devant la sous-commission de politique monétaire et financière internationale de la commission bancaire du Sénat américain (9) :

*"When an electronic message is generated in country A, switched in country B and C, transits country E, F, G and H, processed in country I and J, stored in country K and involves entities residing in or operating in yet other countries, it is debatable whether existing choice of law and conflict of law doctrines are adequate. (10) What law applies to data processing carried out by computer aboard a synchronous orbit satellite? Do we need new forms of remedy for information theft, for information mishandling? Do we need new rules on commercial entities' information rights and obligations? New fora in which to prosecute these matters? New law-making institutions? If so, how do we get there? Bilateral arrangements; multilateral arrangements; private contract law, world conference? I do not know the answers; I know other countries are studying these questions and I know the United States is not, either in government or in the private sector".*



8 Il est certain que la réponse à ces questions serait simplifiée si les Etats concernés adoptaient des règles uniformes en la matière ou étaient parties à des conventions internationales, dont différents auteurs suggèrent l'élaboration, le cas échéant au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé. (11)

Il reste que de telles exhortations ont été formulées en d'autres domaines sans grands résultats. Le degré d'harmonisation souhaitable ne sera pas atteint demain. C'est par conséquent par référence aux systèmes étatiques de droit international privé que le problème doit être examiné en un premier temps.

9 De ce point de vue, analyser le problème uniquement en termes de conflits de lois est insuffisant. La technique du rattachement n'est qu'une des méthodes du droit international privé. Elle ne suffit pas à résoudre l'ensemble des questions soulevées par le flux transfrontières.

## II. LES METHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

10 La détermination du droit qui régit les flux transfrontières requiert en premier lieu un rappel des méthodes du droit international privé, dont la maîtrise s'avère indispensable à la solution des problèmes rencontrés.

### A. La technique du rattachement

11 La méthode la plus caractéristique du droit international privé est la méthode du rattachement.

Le tribunal saisi d'un litige n'applique pas toujours son propre droit. Il reste de principe en droit international privé que compétence législative et compétence judiciaire ne se superposent pas nécessairement. Saisi d'un problème litigieux, le juge va déterminer le droit applicable par l'intermédiaire d'une règle de conflit, ou règle de rattachement. Celle-ci est en principe multilatérale en ce sens qu'elle détermine l'applicabilité ou la non-applicabilité tant du droit du for que des droits étrangers. La règle de conflit va permettre, au moyen d'un indice de rattachement, de localiser la situation dans un Etat déterminé, l'Etat où elle a en principe son siège,

et dont le droit sera déclaré applicable au rapport litigieux.

La technique du rattachement est la méthode principalement appliquée dans les matières du droit privé : contrats, responsabilité civile, droit des personnes.

### B. Les règles du droit public et administratif

12 L'applicabilité dans l'espace des règles du droit public ou administratif n'est pas déterminée par le recours à une règle de conflit. Les lois de droit public ont un caractère strictement territorial. Tout Etat n'applique jamais en cette matière que ses propres règles de droit matériel, à l'exclusion de toute disposition étrangère. Ces règles sont donc territoriales au sens formel et au sens matériel. Le problème que posent les règles de droit public et administratif ne relève pas du conflit de lois strictu sensu, mais implique plutôt la délimitation dans l'espace des situations auxquelles elles s'appliquent : ainsi, l'on se demandera à quels faits localisés sur son territoire le for peut appliquer ses propres règles.

Cette méthode retiendra toute notre attention dans la mesure où nombre de règles qui touchent au traitement de données relèvent du droit administratif : elles prévoient des déclarations, des autorisations, des contrôles par l'autorité publique.

Cette seconde méthode du droit international privé est également caractéristique des lois de police.

### C. Les lois de police

13 Certaines dispositions mettent en oeuvre des principes fondamentaux touchant à l'organisation politique, économique ou sociale d'un pays. Elles reçoivent de ce fait la qualification de lois de police, avec la conséquence qu'un juge siégeant dans l'Etat dont émanent ces règles sera amené le cas échéant à en faire application nonobstant le droit déclaré en principe applicable en vertu des règles de conflit du for. L'on admet en outre qu'un tribunal puisse également faire application de lois de police étrangère, même si à ce jour cette hypothèse se vérifie plus rarement.

Les règles impératives relatives au traitement des



données sont des lois de police; ainsi les règles qui définissent les catégories de données dont le rassemblement et le traitement sont prohibés.

14 Les lois de police sont territoriales au sens matériel en ce sens que le destinataire du précepte doit les respecter quand sa situation particulière présente à l'égard du territoire auquel elles sont applicables l'élément de rattachement pertinent. (12)

L'application d'une loi de police requiert que l'on définisse quelles sont les situations rattachées au territoire qui justifient son application. Elles relèvent dès lors de la seconde méthode du droit international privé.

#### D. Les règles nationales de droit international privé matériel

15 Enfin, une attention particulière doit être accordée dans le domaine du flux transfrontières aux règles nationales de droit international privé matériel.

Si dans la plupart des cas, et hormis l'hypothèse des règles du droit public et du droit administratif, toute situation internationale est régie par un droit étatique dont l'applicabilité est déterminée par les règles de conflit du for, il est néanmoins des cas où le législateur étatique, après avoir saisi une situation internationale typique, a édicté une règle de droit matériel uniquement applicable à cette situation. Au lieu de déduire de la localisation des facteurs de rattachement l'application d'une règle de droit matériel, la règle de droit international privé matériel détermine directement l'effet juridique qui s'attache à la situation. Elle s'accompagne en outre d'une solution de conflit de lois implicite qui consiste à donner généralement compétence à la *lex fori*.

### III. LES LEGISLATIONS EN PRESENCE ET LES PROBLEMES QUE SUSCITE LE FLUX TRANSFRONTIERES

16 Un certain nombre de pays ont édicté des législations relatives à la protection des données à caractère personnel. (13) D'autres Etats envisagent l'adoption de pareille législation. (14) Enfin, l'OCDE et le Conseil de l'Europe

ont récemment proposé, le premier, des lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel (15) et le second, un projet de convention sur la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. (16)

17 Les lignes directrices de l'OCDE doivent servir de guide dans l'élaboration de législations nationales par les Etats membres. Elles énoncent un ensemble de principes directeurs :

- les Etats doivent fixer des limites au rassemblement de données à caractère personnel; celles-ci doivent en outre être obtenues par des moyens légaux et le cas échéant avec l'autorisation de l'intéressé;
- les données doivent être adaptées au but recherché et être en outre précises, complètes et tenues à jour;
- le but dans lequel les données sont réunies doit être précisé;
- les données ne peuvent être divulguées à une autre fin sauf avec l'accord de la personne concernée ou par l'effet de la loi;
- des mesures de sécurité doivent être prises en vue de la protection des données;
- les législateurs nationaux doivent prendre toutes les mesures appropriées pour garantir une politique d'ouverture pour tout ce qui concerne l'existence, la nature et l'usage auquel sont affectées les données à caractère personnel;
- tout individu doit avoir le droit de connaître les données le concernant et d'en obtenir le cas échéant la modification ou la radiation;
- une personne physique ou morale, responsable du respect des principes directeurs devra être désignée dans chaque cas.

18 Les lignes directrices énoncent par ailleurs le principe de la libre circulation des données et l'interdiction de restreindre les flux transfrontières à destination d'un autre Etat membre sauf lorsque ce dernier n'observe pas substantiellement les lignes directrices ou lorsque la réexportation des données vers un pays tiers permettrait de contourner sa législation relative au respect de la vie privée. (17)



19 Les Etats sont invités à adopter une législation concrétisant ces lignes directrices et contenant des sanctions et moyens d'action au cas où ses prescriptions ne seraient pas respectées.

20 Les lignes directrices encouragent enfin la coopération entre les Etats Membres, notamment en ce qui concerne le développement de principes régissant la détermination du droit applicable.

21 La convention du Conseil de l'Europe est de par sa nature plus détaillée. Les principes qu'elle formule sont néanmoins similaires à ceux proposés par les lignes directrices.

La convention énonce également le principe de la libre circulation mais sous une forme plus restrictive que le § 17 des lignes directrices. L'article 12, 2 prévoit en effet qu'*une partie ne peut pas, aux seules fins de la protection de la vie privée, interdire ou soumettre à une autorisation spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre partie*". En d'autres termes, seule la libre exportation des données à caractère personnel est garantie. En revanche, les Etats contractants peuvent interdire ou soumettre à une autorisation spéciale l'entrée de telles données en provenance d'un Etat contractant. (18)

22 Par ailleurs, les Etats contractants peuvent déroger à la règle de l'article 12, 2 dans deux hypothèses :

a. pour faire respecter la réglementation spécifique à laquelle leur législation aurait soumis certaines catégories de données en raison de la nature de celles-ci et sauf si la réglementation de l'autre partie apporte une protection équivalente.

Une disposition identique se retrouve dans les lignes directrices de l'OCDE. (19)

b. au cas où les données exportées de son territoire effectuent un simple transit par le territoire de l'autre Etat contractant, étant reexportées de celui-ci vers le territoire d'un Etat non-contractant et ce, afin d'éviter que pareils transferts n'aboutissent à contourner la législation de l'Etat autorisé à déroger au principe de la libre circulation.

Cette exception est également similaire à celle contenue au § 17, première phrase, in fine, des lignes directrices de l'OCDE.

23 La convention du Conseil de l'Europe contient enfin un chapitre IV relatif à la coopération entre les Etats membres dont les prescriptions sont plus détaillées que celles contenues dans les lignes directrices, en particulier en ce qui concerne l'entraide administrative et judiciaire.

24 Il ressort de l'examen des lois existantes et en projet et de l'analyse des instruments adoptés au sein de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, que les législations relatives à la protection des données à caractère personnel édictent généralement trois types de dispositions :

- Certaines législations procèdent à une classification des données susceptibles d'être automatisées. Certaines catégories de données sont en effet prohibées. En outre, l'usage auquel les données seront utilisées est parfois restreint. La qualité des données fait aussi l'objet de diverses prescriptions.

- Tantôt des organes de contrôle et de surveillance sont mis en place; il arrive également que le traitement automatisé de certaines données soit subordonné à une publication préalable ou à une autorisation administrative.

- Enfin, les intéressés se voient reconnaître divers moyens de protection : ainsi, le maître du fichier se voit imposer l'obligation d'aviser la personne intéressée des enregistrements la concernant; l'intéressé se voit en outre reconnaître le droit d'obtenir en justice la rectification des erreurs de fait et la radiation des mentions illégales.

Il reste que ces législations concernent essentiellement les données à caractère personnel.

25 Du point de vue du droit international privé, les problèmes suivants sont susceptibles de se poser, sans que cette énumération soit limitative :

- Quel est le champ d'application des législations prohibant l'automatisation de certaines données ? Cette prohibition ne concerne-t-elle que les nationaux ? Est-il permis d'importer dans l'Etat Y ayant édicté cette législation des données prohibées mais concernant des personnes étrangères ? Une personne résidant dans un Etat étranger X peut-elle se prévaloir de la législation de l'Etat Y pour mettre en cause la responsabilité de l'utilisateur des données.

- A quelles données s'applique la procédure de contrôle ? L'obligation d'autorisation préalable ou d'information de la personne concernée ne vise-t-elle que les résidents de



l'Etat ayant édicté cette obligation ? Quelles sont les personnes qui peuvent obtenir la rectification des erreurs de fait et la radiation de mentions illégales ?

- Au-delà de ces questions se pose le problème des relations entre la personne physique ou morale dont les données ont été traitées et transmises, d'une part, le maître du fichier et l'utilisateur des données d'autre part, ou entre cette personne, d'une part, le producteur, le serveur ou l'utilisateur, d'autre part.

26 En raison de l'infinie diversité des situations et des difficultés multiples et insoupçonnées qui peuvent se présenter, il n'est ni possible ni souhaitable de proposer une approche unique des problèmes. Celle-ci variera suivant la question à résoudre ou les termes dans lesquels elle se posera. L'on se limitera par conséquent à esquisser les principaux axes de solution qui seront utilisés ou les grands traits d'une méthodologie.

#### IV. LE DOMAINE D'APPLICATION IMPRIME AUX LEGISLATIONS SPECIFIQUES

27 Parmi les lois qui régissent le traitement automatisé de données, il en est certaines qui ne contiennent aucune indication quant à leur application dans l'espace, telle la loi française; d'autres en revanche, définissent à tout le moins partiellement leur domaine d'application territorial.

Ainsi, la loi canadienne précise que l'on doit entendre par "individu" au sens de la loi "tout citoyen canadien" ou "toute personne légalement admise au Canada au titre de résident permanent".

28 Comme l'a rappelé à juste titre le professeur RIGAUX, pareille restriction apportée au domaine personnel ou spatial de la loi, ne résoud pas le problème du conflit de lois : "à l'intérieur d'une compétence législative donnée, (ces dispositions) subordonnent la mise en oeuvre des règles substantielles qu'elles accompagnent à une condition propre aux personnes protégées, en l'occurrence à une condition de nationalité ou de résidence, de la même manière que la protection aurait pu être restreinte aux militaires ou aux personnes exerçant une profession déterminée". (20)

Il reste dès lors à déterminer, dans ces limites, quels faits entrent dans la compétence de l'Etat législateur.

29 D'autre part, si certaines lois incluent une "auto-limitation" de leur domaine d'application, d'autres législations contiennent des règles de droit international privé matériel. Ces lois soumettent un fait localisé sur leur territoire à une solution de droit matériel spécifique, adaptée au caractère international de la situation.

L'on peut citer à titre d'exemple l'article 21, 1 de la loi danoise n° 293 qui interdit de rassembler en vue de leur enregistrement en dehors du territoire danois, des données dont la même loi prohibe par ailleurs l'enregistrement au Danemark; ou l'article 3, 3, alinéa 2 de la loi luxembourgeoise du 11 avril 1979, qui soumet à contrôle l'importation au moyen d'un terminal situé au Grand Duché de Luxembourg, de données automatisées traitées à l'étranger. (21)

Ces dispositions contiennent une règle de conflit de lois implicite puisqu'elles supposent que l'Etat qui les adopte se reconnaisse compétent pour les prendre. (22)

#### V. L'APPLICATION DANS L'ESPACE DES LEGISLATIONS SPECIFIQUES

3° Les législations qui ont été adoptées par différents Etats relativement au traitement automatisé des données prescrivent pour l'essentiel des mesures de déclaration, d'autorisation ou de contrôle, c'est-à-dire des mesures d'ordre administratif.

La relation étroite qui existe entre ces mesures et l'ordre administratif va rejaillir sur la solution du conflit de lois. En effet, l'administration n'applique jamais que son propre droit. (23) Elle ne peut obéir à des prescriptions d'origine étrangère. L'ordre administratif d'un Etat donné procédera aux contrôles et accordera les autorisations requises par la *lex fori* dans tous les cas où celle-ci est applicable à la situation d'espèce.

Le problème de droit international privé ne consistera donc pas à déterminer quelle loi vont appliquer les autorités de l'Etat concerné, mais à quels faits la *lex fori* peut être appliquée. En raison de la nature même des réglementations en cause, la mise en oeuvre de la loi sera subordonnée à une localisation matérielle des éléments de traitement sur le territoire du *for*. (24)



31 Une donnée transmise dans plusieurs Etats devra donc respecter le cas échéant les prescriptions d'ordre administratif édictées par les règles en vigueur dans ces différents Etats, dans la mesure où le domaine d'application spatial qui leur a été imprimé par le législateur les rend applicables *in casu*, compte tenu du rattachement des éléments d'espèce au territoire de l'Etat concerné.

En effet, les règles du droit administratif régissant le traitement des données ont également une portée normative dans la sphère des relations privées. (25) Leur domaine spatial doit être déterminé à la lumière du but poursuivi par le législateur, à savoir la protection de la vie privée de sa population. Ces normes seront donc normalement applicables à toutes les données à caractère personnel intéressant la population relevant de la juridiction de l'Etat dont ces règles émanent. (26)

#### VI. LE DROIT APPLICABLE A L'ACTION EN RESPONSABILITE DE LA PERSONNE PHYSIQUE OU MORALE DONT LES DONNEES ONT ETE TRAITEES ET TRANSMISES, CONTRE LE MAITRE DU FICHIER, LE PRODUCTEUR DE LA BANQUE DE DONNEES, LE TRANSPORTEUR OU L'UTILISATEUR

32 Si une personne physique ou morale dont les données personnelles ont été traitées estime subir un préjudice à la suite d'une négligence ou d'une faute commise par le maître du fichier, le producteur des données, l'organisme transporteur ou même l'utilisateur, elle intentera éventuellement contre eux une action en dommages-intérêts. (27)

En l'absence de lien contractuel entre les parties, l'action se fondera sur la responsabilité extra-contractuelle de l'auteur du dommage.

Dans ce cas, les droits et obligations qui découlent de la production et de la transmission des données dommageables devraient sans doute être déterminés conformément à la loi en vigueur dans l'Etat de la résidence de la personne concernée ou de son siège social s'il s'agit d'une société. (28) C'est dans cet Etat en effet que la personne physique ou la société subira un préjudice. La question est évidemment plus délicate lorsqu'il n'y aura pas eu de transmission des données dans l'Etat de la résidence ou du siège social. La solution peut néanmoins être maintenue dans la mesure où la personne ou la société concernée

subira nécessairement dans cet Etat les effets, fussent-ils indirects, du dommage causé dans un autre Etat.

Le professeur RIGAUX qui, en matière de données à caractère personnel préconise une solution différente, à savoir l'application de la loi en vigueur au siège de l'entreprise gérant le fichier, reconnaît néanmoins qu'il existe des arguments très sérieux à faire valoir en faveur de l'application de la loi du pays de la résidence. (29)

33 L'argument qu'invoque RIGAUX en faveur de l'application de la loi en vigueur au siège de l'entreprise gérant le fichier, son efficacité au plan du conflit de juridictions parce qu'il serait douteux que les tribunaux du pays ainsi désigné appliquent une autre loi que la leur, n'est pas déterminant. Si l'action est intentée conjointement contre le maître du fichier ou le producteur et l'utilisateur, l'action pourra être généralement intentée dans l'Etat où est établi ce dernier, qui coïncidera souvent avec l'Etat de la résidence du demandeur.

L'on peut également concevoir que l'Etat de la résidence subordonne les autorisations qu'il est amené à délivrer à l'acceptation de la compétence de ses tribunaux.

#### VII. LES RELATIONS JURIDIQUES ENTRE LE PRODUCTEUR ET LE SERVEUR, ENTRE LE SERVEUR ET L'UTILISATEUR OU ENTRE LE MAITRE DU FICHIER ET L'UTILISATEUR

34 Les rapports juridiques entre le producteur et le serveur, entre le serveur et l'utilisateur ou entre le maître du fichier et l'utilisateur et, partant, la responsabilité de l'un à l'égard de l'autre, sont régis en principe par le droit applicable à leur relation contractuelle.

Il serait bien entendu souhaitable que celle-ci fasse l'objet d'une convention écrite détaillée, comportant un choix du droit applicable.

Si tel n'est pas le cas, le droit applicable sera en effet déterminé en fonction des règles de conflit du for. Il est probable qu'en l'absence de choix par les parties, la *proper law* sera celle en vigueur au siège de la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat : selon le cas, le producteur, le maître du fichier ou le serveur. Des solutions différentes sont toutefois concevables. Aussi, pour éviter l'incertitude afférente à la



détermination du droit applicable en l'absence de choix, d'aucuns ont proposé l'élaboration d'une convention internationale sur cette question, laquelle proposerait également un certain nombre de clauses-type dont l'adoption serait proposée aux parties dans la rédaction de leur contrat. (30)

35 Il serait en tout cas souhaitable que la convention des parties contienne des clauses précises en matière de responsabilité, notamment pour l'hypothèse où une action en garantie serait intentée contre le serveur, le producteur ou le maître du fichier, par l'utilisateur lui-même assigné par la personne ou l'entité sociale dont les données ont été traitées et transmises.

L'on ne perdra pas de vue d'autre part que le caractère illicite du traitement automatisé de certaines données frappe également les conventions pour l'exécution desquelles pareilles données sont utilisées (31) : ainsi, le contrat par lequel une entreprise d'un Etat X se procure en Y des données concernant des résidents de l'Etat X dont le traitement est interdit par la loi de cet Etat.

## CONCLUSIONS

36 C'est à juste titre que le rapport explicatif de l'OCDE concluait au caractère prématuré de solutions spécifiques et détaillées en matière de conflits de lois.

La complexité des problèmes soulevés par le flux transfrontières ne permet pas à ce stade du développement d'aller bien au-delà de quelques propositions d'ordre méthodologique.

Avant de pouvoir dégager des solutions spécifiques, le flux transfrontières devra faire l'objet d'études approfondies, problème par problème, et fondées sur une observation rigoureuse de l'évolution de la pratique télématique.

L'on peut espérer que les organisations internationales telles que l'OCDE et le Conseil de l'Europe ne tarderont pas à mettre sur pied des comités d'experts dont les travaux permettront de dégager progressivement des solutions plus précises et spécifiques relativement aux aspects de droit international privé des flux transfrontières !

## NOTES

(1) Voyez notamment FISHMAN, William L., "Introduction to transborder Data Flows", Stanford Journal of International Law, 1980-81, 1, KIRBY, M.D., "Transborder Data Flows and the Basic Rules of Data Privacy", idem, 27; TURN, R., "Privacy Protection and Security in Transnational Data Processing Systems", idem, 67; HONDIUS, F., "Data Law in Europe", idem, 87; DE SOLA POOL, I. et SOLAMON, R., "Intellectual Property and Transborder Data Flows", idem, 113; NOVOTNY, E., "Transborder Data Flows and International Law : A Framework for Policy-Oriented Inquiry", idem, 141 et l'importante bibliographie sur le flux transfrontières reprise aux pages 181 à 200. Voyez en outre les publications de l'OCDE dans la série ICCP : Transborder Data Flows and the Protection of Privacy, 1979; An Exploration of Legal Issues in Information and Communication Technologies, 1983; The Usage of International Data Networks in Europe, 1979; Incidences au plan de l'Action Gouvernementale, de l'Evolution des Réseaux de Données dans la Zone de l'OCDE, 1980. Les différents rapports qui ont été présentés au second symposium de l'OCDE sur le flux transfrontières de données qui s'est tenu à Londres en novembre 1983 présentent également la plus grande intérêt. Plusieurs d'entre eux seront mentionnés individuellement ci-après. Enfin, l'on peut également citer le rapport de VAD NANDA, "The Communication Revolution and the Free Flow of Information in a Transnational Setting", au 11e Congrès de droit comparé qui s'est tenu à Caracas en août 1982, et qui est reproduit dans "Law in the U.S.A. in the 1980's", supplément à l'American Journal of Comparative Law, 1982, 411.

(2) Sur l'historique des travaux de l'OCDE, voyez OCDE, document DSTI/ICCP/83.29, Aperçu des questions soulevées par les flux transfrontières de données, 1983, 3 et s.

(3) La question est aujourd'hui étudiée dans la plupart des grandes organisations internationales. Voyez à cet égard KIRBY, M.D., o.c., 45.

(4) Sur l'origine du terme, voyez OCDE, Aperçu des questions soulevées par le flux transfrontières de données, document DSTI/ICCP/83.29, 1983, 3.

(5) R.C. Dip., 1980, 443.

(6) OECD, "Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data", Explanatory Memorandum, 12, reproduit dans International Legal Materials, 1981, 427.

(7) Idem., 36.

(8) Ibidem.

(9) Testimony of W.L. FISHMAN, United States Banking Committee, Subcommittee on International Finance and Monetary Policy, 9th November 1981, pp. 10-11, Mimeographed, cité par M.D. KIRBY, "Legal Aspects of Information Technology", in An Exploration of Legal Issues in Information and Communication Technologies, ICCP Series, n° 8, OECD, 1983, 33.

(10) Dans un article écrit à la même époque, FISHMAN a attiré l'attention sur les problèmes complexes que soulève la retransmission au plan du droit international privé. Il cite l'exemple hypothétique suivant :



"The health records of a Swiss national are collected by his employer in Switzerland. Using leased private (dedicated) lines procured from a series of European PTT's, the employer transmits the data to corporate headquarters in Amsterdam where they are processed, stored, and aggregated with health records of other nationals working in other countries. The aggregated, partially processed data, after being stored in Amsterdam, is then sent on, via international facilities jointly owned by numerous countries, to a U.S. owned data processing service whose primary facilities are in the US. When the data arrive at this facility they are held in a buffer of electronic storage system. Holding time can vary from milliseconds to minutes or hours. While being held the main computer breaks down and an automatic switch sends the data through international telecommunication facilities onto a secondary processing facility in Hong-Kong. There the data are processed and returned to the primary facility where they are stored for a short time in the now functional primary computer. A copy of the processed data is sent to storage at the primary site, and the data are returned to Amsterdam. The employer, having received the fully processed health data now sends it along via Euronet to the employer's insurance carrier, an Italian firm whose primary data processing facilities are located in Spain. The insurance carrier again processes the data, stores them in Madrid on the magnetic tape and issues the appropriate group health policy to the employer".

FISHMAN, W.L., "Introduction to transborder Data Flows", Stanford Journal of International Law, 1980-81, 21.

(11) Voyez notamment KIRBY, M.D., o.c., 34.

(12) RIGAUX, F., Droit international privé, t. II, p. 232.

(13) L'Allemagne de l'Ouest, l'Autriche, le Canada, le Danemark, les Etats-Unis, la France, le Luxembourg, la Nouvelle-Zélande, la Norvège. La Suède fut la première à édicter une législation en 1973. Les références précises à la plupart de ces lois sont citées dans RIGAUX, F., o.c., R.C. Dip., 1980, 445.

(14) Il existe des projets en Australie (voy. not. KIRBY, M.D., "Transborder Data Flows and the Basic Rules of Data Privacy", Stanford Journal of International Law, 1980-81, 27 et s.), en Belgique (voyez not. BERLEUR, J., et POULLET, Y., "Le droit à la vie privée selon le projet GOL", J.T., 1983, 769), en Finlande, en Islande, en Italie aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne, en Suisse et au Royaume-Uni.

(15) La recommandation contenant les lignes directrices a été adoptée par le Conseil de l'OCDE le 23 septembre 1980.

(16) La convention a été signée à Strasbourg le 28 janvier 1981.

(17) § 17.

(18) RIGAUX, F., o.c., 457.

(19) § 17.

(20) RIGAUX, F., o.c., 459.

(21) Idem, 462.

(22) Ibidem.

(23) C'est pourquoi les fichiers du secteur public ne peuvent être régis que par la loi de l'Etat dont l'Administration est maître du fichier. En outre, les juridictions des autres Etats doivent s'abstenir de contrôler la manière dont fonctionnent ces fichiers. Cette solution est imposée par la théorie de l'immunité de juridiction et l'Act of State Doctrine (RIGAUX, F., o.c., 467).

(24) Ainsi que l'indique RIGAUX, la délimitation du domaine spatial des lois particulières concernant les fichiers automatisés paraît plutôt liée à la zone d'effectivité de ces lois, compte tenu des moyens de contrôle mis en oeuvre. o.c., 452.

(25) RIGAUX, F., o.c., 472.

(26) Ibidem.

(27) Voyez sur la question, en termes généraux, GURRY, F., Problèmes de responsabilité mettant en cause des parties non contractantes, OCDE, document DSTI/ICCP/83.26, 1983.

(28) Cette solution a déjà été proposée par l'American Law Institute en cas de diffamation multilatérale par la voie de la presse, de la radio ou autrement, Restatement second on the law of conflicts of laws, § 150. Voyez également HANOTIAU, B., Droit international privé américain, Paris, LGDJ, 1979, 210.

(29) "Cette personne est celle dont les lois sur l'informatique poursuivent la protection, et l'intérêt à sauvegarder se localise à la résidence. En outre, les données personnelles au traitement informatisé desquelles l'application de cette loi qui, par hypothèse, garantit une protection meilleure, ne saurait surprendre l'entreprise responsable du traitement automatisé. Ajoutons encore que le plus souvent, les données concernant une personne auront été recueillies dans le pays où elle a sa résidence", RIGAUX, F., o.c., 471.

(30) BING, J., "Legal Problems related to Transborder Data Flows", in OCDE, An Exploration of Legal Issues, précité, p. 111.

(31) RIGAUX, F., o.c., 473.